Le juge judiciaire est-il l'unique gardien des libertés publiques ?

Le juge apparaît comme l'instrument le plus efficace de la protection des libertés publiques face aux abus de l'administration. En effet son indépendance à l'égard de l'exécutif est assurée par des garanties constitutionnelles auxquelles même le législateur ne saurait porter atteinte. Il dispose en outre d'un réel pouvoir de contrainte qui lui permet tout à la fois de faire cesser l'atteinte à la liberté et de le réparer. Les atteintes aux libertés commises par l'exécutif peuvent donner lieu à différents recours, devant des juges différents. C'est, selon les principes traditionnels du droit français, le juge judiciaire qui est érigé en gardien des libertés individuelles. Cependant le juge administratif, chargé de garantir le respect de la loi, joue également, depuis la fin du 19 ème siècle, un rôle majeur en cette matière. Puis un siècle plus tard, on a le double mouvement de constitutionnalisation et d'européanisation des libertés qui a abouti à la promotion de deux nouveaux juges avec le Conseil Constitutionnel et les juges européens. Ainsi, il convient de se demander si le juge judiciaire est l'unique gardien de libertés publiques dans l'ordre juridictionnel? Nous étudierons tout d'abord le rôle de gardien des juges judiciaires et administratifs (I) puis les juges privilégiés amenés à la promotion de la protection des droits et libertés (II).

I. Le rôle de gardien des juges judiciaires et administratifs

Dans une première approche, il conviendra d'appréhender l'autorité judiciaire en tant que gardienne des libertés individuelle et de la protection de la propriété immobilière, puis le rôle protecteur du juge administratif face aux libertés publiques.

A. L'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelle et de la protection de la propriété immobilière

« L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère », ce 4ème principe énoncé par la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 souligne clairement que l'indépendance du juge judiciaire est la condition nécessaire d'une protection effective de la liberté individuelle. Ainsi, l'article 64 de la Constitution fait du Président de la République le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, et prévoit qu'il est assisté dans cette tâche par le Conseil supérieur de la magistrature. Avant la révision de 1993, le Conseil (CSM) intervenait dans la carrière et la discipline des seuls magistrats du siège, mais désormais il joue également un rôle à l'égard des magistrats du parquet. En effet, le CSM intervient dans la nomination des magistrats, il est compétent comme conseil de discipline des magistrats du siège et donne un avis sur les sanctions disciplinaires concernant les magistrats du parquet. Dans une décision du 27 janvier 1994, le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur devait respecter non seulement le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire et la règle de l'inamovibilité des magistrats du siège, mais également le principe d'égalité des magistrats dans le déroulement de leur carrière, qui découle de l'article 6 de la Déclaration de 1789. Les magistrats du parquet sont soumis à la même indépendance qui a valeur constitutionnelle.
De plus, la loi du 8 mars 1810 relative à l'expropriation, a chargé l'autorité judiciaire de garantir la propriété privée contre les atteintes de l'administration. C'est l'autorité judiciaire qui prononce le transfert de propriété. C'est elle qui détermine le montant de l'indemnisation. Ainsi le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 25 juillet 1989 (TGV Nord), a reconnu que le juge judiciaire était le gardien de la liberté individuelle et disposait également d'une compétence exclusive pour connaître du contentieux né des atteintes au droit de propriété immobilière. De ce fait, le juge judiciaire est compétent concernant la théorie de l'emprise, qui est une atteinte grave à la propriété immobilière véritable dépossession. Mais le tribunal des conflits a limité la compétence du juge judiciaire à l'emprise irrégulière seulement, depuis l'arrêt du 17 mars 1949, *Hôtel du vieux beffroi*.
Enfin l'article 66 de la constitution de 1958 dispose que « nul ne peut être arbitrairement détenu ». Il précise que « l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Mais, la compétence du juge judiciaire est limitée par la répartition des compétences et soustrait ainsi à sa connaissance les actes de police administrative. Cependant, la théorie de la voie de fait permet notamment de disqualifier un acte administratif, pour

donner pleine compétence aux tribunaux judiciaire. L'acte considéré n'est plus protégé par le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Deux sortes d'atteintes sont constitutives de voie de fait, l'exécution irrégulière d'un acte régulier et l'acte manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire. Le juge judiciaire peut constater la voie de fait, la faire cesser, en adressant des injonctions à l'administration, et indemniser la victime des conséquences dommageables. L'existence de circonstances exceptionnelles retire à un acte sa qualification de voie de fait, TC 27 mars 1952, *Dame de la Murette*. Et il faut ajouter qu'une compétence parallèle du juge administratif a été reconnue par la Tribunal des conflits qui a admis que les juridictions administratives peuvent, comme les juridictions judiciaires, constater la nullité d'un acte qui a le caractère d'une voie de fait (TC 27 janvier 1966 *Guigon*). En plus de la voie de fait, les tribunaux judiciaires sont compétents pour interpréter les règlements administratifs et apprécier leur validité, ainsi que les actes individuels. En effet, d'après l'article 111-5 du nouveau code pénal, il est désormais donné tout pouvoir aux juridictions pénales, non seulement pour interpréter les actes administratifs réglementaires ou individuels, mais aussi pour apprécier leur légalité, « lorsque de cet examen dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». De plus, le juge judiciaire protège également la liberté individuelle du fait de la responsabilité pénale des agents publics et de l'administration. En effet, le nouveau code pénal punit l'accomplissement d'un acte attentatoire à la liberté individuelle (détention ou rétention de plus de 7 jours, article 432-4, tortures ou barbaries article 22-3) commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public. Enfin, les agents publics et de l'administration sont également responsable civilement devant le juge judiciaire pour atteinte à la liberté individuelle. Une loi du 5 juillet 1972 et une loi du 18 janvier 1979 ont posé le principe de la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service public de la justice au cas de faute lourde. Mais le TC est venu limiter la compétence du juge judiciaire s'agissant des opérations de police administrative. Ce schéma consistant pour le législateur a donné compétences au juge judiciaire concernant la responsabilité civile de l'Etat, et au TC ou au CE de réduire considérablement à chaque fois ces pouvoirs, n'a jamais cessé. En effet, le législateur trouva nécessaire en 1933, par une loi du 7 février sur les garanties de la liberté individuelle, de donner compétence exclusive aux tribunaux judiciaire en cas d'atteinte à la liberté commise par un fonctionnaire. Mais, le Conseil d'Etat (CE 7 novembre 1974 *Alexis et Wolff*), suivi par le tribunal des conflits (TC 27 mars 1952 *Dame de la Murette*) réduisit considérablement cette compétence estimant qu'il ne s'appliquait qu'aux actions dirigées contre les agents eux-mêmes et non à celles dirigés contre l'Etat. Le législateur voulut encore corriger cette interprétation restrictive, en inscrivant dans le code de procédure pénale un article 136 qui précise que les tribunaux judiciaires sont exclusivement compétents dans l'instance civile fondée sur les faits constitutifs d'atteintes à la liberté, qu'elle soit dirigée contre la collectivité publique ou ses agents. Là encore, le TC minora la portée du texte an appliquant la jurisprudence *Septfonds*. Le juge judiciaire ne peut apprécier la légalité d'un acte administratif ni interpréter une décision individuelle, sauf atteinte grave à la liberté individuelle. Ainsi les tribunaux judiciaires voyaient leur compétence limitée à la seule réparation du préjudice.
Après avoir abordé le rôle de gardien du juge judiciaire, il convient désormais d'étudier le rôle protecteur du juge administratif.

B. Le rôle protecteur du juge administratif

Le juge administratif est un protecteur privilégié des libertés publiques. En effet, il a su assujettir l'action de l'administration à son contrôle de légalité. Le principe de l'indépendance de la juridiction administrative a été érigé par le Conseil constitutionnel en principe fondamental reconnu par les lois de la République (décision 22 juillet 1980). Ainsi pour préserver l'ordre public, l'administration est amenée à restreindre l'exercice des libertés publiques. Mais elle agit sous le contrôle du juge administratif, qui est ainsi amené à jouer un rôle crucial en matière de protection des libertés. Au fil du temps, le CE a étendu son contrôle de légalité sur un nombre croissant d'actes administratifs. Ila admis qu'un simple intérêt à agir, sans même qu'un droit fût lésé, permettait de déclarer le recours pour excès de pouvoir recevable. Il a requalifié en mesure de police administrative, pour pouvoir le contrôler, un arrêté du préfet fondé sur l'article 10 du code d'instruction criminelle (CE 24 juin 1960 *Société Frampar*). Il a déclaré que le recours pour excès de pouvoir était ouvert même sans texte,

contre tout acte administratif (CE 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte*). Mai sil refuse de contrôler certains actes, dont les conséquences en matière de libertés ne sont pourtant pas nulles. Les actes en question sont qualifiés par lui d'actes de gouvernement, ou de mesures d'ordre intérieur. Le juge administratif contrôle également les mesures de police administrative qui ont pour objet de prévenir toute atteinte à l'ordre public. Cette notion comprend la tranquillité, la sécurité, la salubrité publiques et, depuis l'arrêt du CE Ass. 27 octobre 1995 *Commune de Morsang-sur-Orge*, le respect de la dignité humaine. Le contrôle exercé par le juge administratif est très exigeant, il vérifie l'exactitude matérielle des faits, il contrôle la qualification juridique des faits et exige que la mesure soit strictement adaptée aux faits qui l'ont motivée. L'intensité du contrôle varie toutefois selon la liberté qui fait l'objet d'une restriction. Certaines libertés sont mieux protégées que d'autres. Les atteintes portées aux libertés économiques, par exemple, sont plus largement admises que les restrictions apportées à la liberté individuelle ou à la liberté de réunion, de culte, d'expression… Lorsqu'une profession industrielle et commerciale s'exerce sur la voie publique, les limitations imposées par l'autorité de police seront examinées moins strictement que si la liberté d'aller et de venir était en cause.

De même, il convient de rappeler, que depuis l'arrêt Tomaso Greco (CE 10 février 1905), la puissance publique est responsable des activités de police ce qui permet au justiciable d'obtenir réparation pour le préjudice qu'il a subi.

De plus depuis la loi du 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administratives le juge administratif dispose de 3 procédures de référé, un référé suspension, une liberté et un conservatoire, ce qui permet au juge de suspendre l'exécution d'une décision. Le référé liberté permet la sauvegarde d'une liberté fondamentale, notamment qualifié par le CE, celle d'aller et de venir, liberté personnelle, droit d'asile, libre expression du suffrage,… Mais il refuse par exemple, le droit à la santé ou la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent.

Enfin, pour protéger les citoyens contre une loi, le juge administratif est plus démuni que le juge judiciaire, car la loi s'impose à lui fût-elle contraire à la constitution, CE 6 novembre 1936 *Arrighi*. Mais le juge administratif peut quand même promouvoir une interprétation neutralisante et même écarter l'application d'une loi contraire à un engagement international de la France, notamment à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, le juge administratif interprète les lois, notamment avec les principes généraux du droit qu'il a créé dès 1944 (arrêt CE 5mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*). Ainsi dans le silence des lois, ces PGD permettent, dans une moindre mesure, d'accorder aux administrés ou aux agents du service public des droits ou une protection accrue. Mais ces principes bien qu'il soumette l'administration au respect du principe de légalité, ils ne sont pas opposables au législateur et ont donc une valeur infra-législative. Cependant en dehors des PGD, le juge administratif peut, s'il le souhaite, interpréter la loi telle qu'elle l'a été par le Conseil Constitutionnel. En dehors de l'interprétation des lois, les juges administratifs et judiciaires, de puis 1975 pour la Cour de cassation (*Société des Cafés Jacques Vabre*) et 1989 pour le CE (*Nicolo*), censurent les actes contraires à un traité même si conforme à une loi postérieure. La mise en œuvre du contrôle de conventionnalité amène le juge à écarter toute disposition législative ou réglementaire qu'il estime contraire à une convention. L'essor de ce contrôle affermit le statut supra-législatif des droits et libertés, qui sont désormais insérés dans le bloc de conventionnalité qui limite l'action du législateur.

Après avoir abordé la protection apportée aux libertés publiques par les juges judiciaires et administratifs, il convient……

II. Les juges privilégiés amenés à la promotion de la protection des droits et libertés

Il convient d'étudier le CC puis les juges européens amenés tous deux à la promotion de la protection des droits et libertés.

A'. Le Conseil constitutionnel

Le CC a été créé par la constitution de 1958, son indépendance se caractérise par le caractère non renouvelable des mandats de ses membres. Il a pour mission principale de contrôler la constitutionnalité des lois, ce contrôle étant facultatif sauf pour les lois organiques. Aux termes de l'article 61 de la constitution, le contrôle de constitutionnalité des lois, obligatoire pour les lois

organiques, porte uniquement, s'agissant des autres lois, sur celles qui sont déférées au Conseil, avant leur promulgation, par les autorités de saisine énumérées par la Constitution. La grande majorité des textes votés échappe à ce contrôle facultatif. Le Conseil s'est en outre déclaré incompétent pour contrôler trois types de lois, les lois référendaires, les lois portant révision de la Constitution, les lois de transposition en droit interne des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive communautaire. Le CC estime que la Constitution est le seul texte qu'il est en mesure d'opposer à la volonté générale exprimée par le parlement. Il refuse de confronter la loi ordinaire aux traités auxquels la France est partie. Le législateur est tenu de respecter le bloc de constitutionnalité qui se compose du texte adopté en 1958, de la DDHC de 1789 et du préambule de 1946, qui mentionne également les principes politiques, économiques et sociaux, et les PFRLR. Toutes ces dispositions sont dotées, selon le CC, d'une pleine valeur constitutionnell *e*.

Le CC dispose de techniques importantes pour assurer la protection des droits et libertés. Ainsi le CC peut censurer une inaction relative, c'est-à-dire le caractère incomplet d'un texte, il s'agit de la théorie de l'incompétence négative, sui repose sur l'idée que le parlement doit exercer la totalité de la compétence qui lui est attribuée par la Constitution. Il ne peut pas abandonner au pouvoir discrétionnaire du gouvernement la fixation des règles que l'article 34 lui donne mission d'adopter, ou abandonner au pouvoir réglementaire la détermination du champ d'application de la règle que la loi pose. Il incombe donc au législateur de préciser le contenu et la portée de la règle qu'il formule, afin que l'autorité chargée de l'appliquer ne dispose pas, à ce double égard, d'une trop grande marge d'appréciation. Le Conseil accueille très largement le grief tiré de l'incompétence négative du législateur, à qui il impose d'aller jusqu'au bout de sa compétence. De cette obligation de légiférer qui pèse sur le législateur, le CC en a tiré des conséquences relatives à la rédaction de la loi comme en ce qui concerne la détermination des infractions qui doivent être définis en des termes clairs et précis, de même que la loi doit être intelligible donc « des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » (2001-455 DC du 12 janvier 2002, loi de modernisation sociale).

De plus, le CC dispose de l'effet cliquet (anti-retour) qui désigne une technique de contrôle des droits et libertés qui amène le Conseil à s'assurer que la loi soumise à son examen n'est pas moins protectrice, en matière de libertés, que la loi antérieure qu'elle abroge ou qu'elle modifie. Ce principe a été posé par la décision 84-181 des 10 et 11 octobre 1984 par une décision du CC *Entreprises de presse*. Ainsi, du fait de ce principe concernant les situations individuelles acquises intéressant une liberté publique, elles ne peuvent être remise en cause que si elles ont été illégalement acquises ou si leur remise en cause est nécessaire pour assurer la réalisation d'un objectif constitutionnel poursuivi. De plus, s'agissant d'une liberté fondamentale, la loi ne peut pas en réduire son exercice sauf si cela a pour but da la rendre plus effective ou si c'est pour la concilier avec d'autres règles de valeurs constitutionnelles.

Enfin, le CC est garant de l'uniformité territoriale des conditions d'exercice d'une liberté publique qui doivent être identiques sur l'ensemble du territoire national. Elles ne peuvent donc pas dépendre de décisions des collectivités territoriales. La prise en compte des spécificités locales ou des inégalités entre les territoires justifie bien souvent une différentiation des règles applicables, voire l'instauration de discriminations positives territoriales. Mais ces ruptures d'égalité ne sauraient concerner les conditions d'exercice des libertés ou de jouissance des droits sociaux. L'octroi d'une prestation allouée aux personnes âgées dépendantes, par exemple, ne peut être confié aux départements qu'à la condition d'être strictement encadrés par la loi (96-387 décision CC du 21 janvier 1997 *Prestation spécifique dépendance*). D'une certaine façon, cette solution s'inscrit dans le prolongement de la théorie de l'incompétence négative, elle réaffirme que c'est au législateur qu'il incombe de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a confirmé le principe dégagé par le CC, elle ouvre aux collectivités territoriales la possibilité de « déroger à titre expérimental et pour un objet et une durée limitée, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences » (article 72 alinéa 4 de la Constitution). Mais elle prend soin de préciser que les libertés publiques ne pourront pas donner lieu à cette forme d'expérimentation législative lorsque sont en cause les conditions essentielles d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les autorités nationales demeurent seules compétentes.

Après avoir étudié le CC en tant que protecteur des libertés publiques, il convient de voir la position des juges européens face aux droits et libertés.

B'. Les juges européens

En Europe, deux systèmes de protection juridictionnelle de protection des droits fondamentaux s'ajoutent aux dispositifs nationaux de garantie des droits. Le 1[er] est la Cour européenne des droits de l'homme qui siège à Strasbourg, elle veille au respect des droits consacrés par la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales signé à Rome le 4 novembre 1950, et bénéficiant à toute personne résidant dans l'un des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe. En vertu du principe d'applicabilité directe de la CEDH, toute partie à un procès devant une juridiction nationale peut invoquer le bénéfice des droits garantis par cet instrument, mais aussi devant la Cour EDH. La Cour EDH peut être saisie par tout Etat contractant ou par « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des hautes parties contractantes des droits reconnus par la Convention ou ses protocoles », article 34 de la CEDH. Le contentieux est essentiellement alimenté par des requêtes individuelles. Le requérant doit avoir été personnellement victime d'une violation des droits qu'il tire de la CEDH et doit avoir épuisé toutes les voies de recours internes, donc le contrôle opéré par la Cour EDH est subsidiaire par rapport à la protection offerte en droit interne. La Cour rend des arrêts déclaratoires et obligatoires, déclaratoires en ce sens qu'ils ne peuvent pas annuler la règle ou la décision nationale incriminée, ils n'entrainent pas l'invalidité de l'acte illicite, c'est à l'Etat mis en cause qu'il appartient de remédier à la violation constatée. Les arrêts sont obligatoires car les Etats s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties, en faisant cesser la violation et en en effaçant les conséquences. Ces arrêts s'imposent aux juridictions suprêmes nationales, tenues de s'y conformer dans toutes les affaires similaires dont elles pourraient avoir à connaître. L'Etat n'est pas tenu de modifier la règle générale dont l'application lui a valu d'être condamné, mais il a intérêt, s'il veut tarir le contentieux à mettre son droit en conformité avec les solutions dégagées par le juge de Strasbourg. Ainsi, en l'absence même de condamnation de la France, on constate une mise en conformité spontanée du droit national avec les exigences européennes. Le CC se montre lui-même attentif à l'évolution du droit européen des libertés. Pour enrichir les normes constitutionnelles dont il est tenu d'imposer le respect au législateur, il procède à des emprunts de la CEDH, et ainsi il a considéré que l'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946 devait s'interpréter comme garantissant un droit de mener une vie familiale normale dont le contenu semble largement similaire au droit au respect de la vie familiale consacré par l'article 8 de la CEDH.

Enfin, le 2[ème] système de protection juridictionnelle au sein de l'UE qui regroupe 27 Etats est la Cour de Justice des Communautés européennes, qui est garante depuis le Luxembourg de droits et libertés. La CJCE, dans le silence des textes, a élaboré un système effectif de garantie des droits fondamentaux au niveau de l'UE. Elle n'avait pas reçu compétence pour imposer aux organes communautaires le respect de règles extérieures au texte des traités. Par les arrêts *Stauder* du 12 novembre 1969 et *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970, elle a posé que le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. La Cour se réfère au Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, à la Convention 111 de l'OIT, ou encore à la charte sociale européenne du 18 novembre 1961. Mais c'est la Convention EDH qui occupe ici la 1[ère] place depuis que la France y a adhéré le 3 mai 1974. Depuis le Traité d'Amsterdam, l'UE se dit consciente des droits sociaux fondamentaux, l'article 136 du traité n'énumère pas les droits en question mais renvoie à la charte sociale européenne et à la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Enfin compte tenu de l'éparpillement de ces différents textes, une charte européenne des droits fondamentaux a été proclamée lors du sommet de Nice en décembre 2000 qui reprend les droits existants mais de manière actualisée.